

SUBSEÇÃO II – DIREITO PROCESSUAL PENAL

1. ARTIGOS

1.1 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXPLORAÇÃO MIDIÁTICA

MICHELLE KALIL
FERREIRA

Acadêmica do curso de
Direito

Estagiária do Ministério Público do Estado de
Minas Gerais

SUMÁRIO: 1. Direito Penal e política criminal. 2. O sistema acusatório brasileiro e suas garantias: a mitigação pela mídia. 3. Os juízos paralelos da imprensa. 4. A construção do transgressor pela mídia. 5. A exploração midiática apontada em caso real. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. Direito Penal e política criminal

Referir-se ao Direito Penal de alguma forma é falar de violência. No entanto, modernamente, sustenta-se que a criminalidade é um fenômeno social normal. Durkheim afirma que o delito não ocorre somente na maioria das sociedades de uma ou outra espécie, mas sim em todas as sociedades constituídas pelo ser humano. Assim, para ele, o delito não só é um fenômeno social normal, como também cumpre outra função importante, qual seja, a de manter aberto o canal de transformações de que a sociedade precisa. Sob um outro prisma, pode-se concordar, pelo menos em parte, com Durkheim: as relações humanas são contaminadas pela violência, necessitando de normas que as regulem. E o fato social que contrariar o ordenamento jurídico constitui ilícito jurídico, cuja modalidade mais grave é o ilícito penal, que lesa os bens mais importantes dos membros da sociedade.

Quando as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções e os demais meios de controle social mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, surge o Direito Penal com sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado, procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens. O Direito Penal apresenta-se como um conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de

segurança. Esse conjunto de normas e princípios, devidamente sistematizados, tem por finalidade tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, observando rigorosos princípios de justiça.

A expressão *direito penal* traduz duas entidades distintas, como esclarece Zaffaroni (2004). A primeira é o conjunto de leis penais que traduzem normas que visam tutelar bens jurídicos e que determinam o alcance de sua tutela. A violação dessas normas se chama delito, e aspira como consequência uma coerção jurídica particularmente grave. Essa força coercitiva do Direito Penal visa evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor. No segundo sentido, *direito penal* é o sistema de interpretação e compreensão dessa legislação, ou seja, o saber do direito penal. Com esse sentido, recebe também a denominação de Ciência Penal, desempenhando igualmente uma função criadora, libertando-se das amarras do texto legal ou da dita vontade estática do legislador, assumindo seu papel valorativo e essencialmente crítico, no contexto da modernidade jurídica.

Acontece que, diante do referido conjunto de normas que formam o Direito Penal, pode-se afirmar que o indivíduo autuado, até que seja submetido ao cumprimento de uma sanção criminal, percorre as seguintes etapas: policial, judiciária e penitenciária. Atribui-se a denominação de Sistema Penal ao conjunto dessas instituições que têm por finalidade a efetivação do Direito Penal. Torna-se, portanto, a forma de atuação do Direito Penal responsável por determinar qual a estratégia de política criminal será adotada. São três os ideais de políticas criminais compreendidos pelo Abolicionismo, Direito Penal Mínimo e Direito Penal Máximo. Ao tratar de maneira pormenorizada dessas políticas sobressalta-se a necessidade de buscar um Direito Penal do Equilíbrio (Direito Penal Mínimo), onde não predomine o pensamento de erradicar o Direito Penal (Abolicionismo), nem o uso intensificado do mesmo aplicado-o de forma indiscriminada em situações passíveis de serem resolvidas por outros ramos do Direito (Direito Penal Máximo). A intensificação da atuação penal tem como grande aliada nos dias atuais a mídia, que através dos meios de comunicação de massa, divulga a todo instante à criminalidade.

A mídia exerce poderosa influência em nosso meio social, encarregando-se de convencer a sociedade da necessidade da cominação de penas mais gravosas. Ao mostrar casos atrozes, terríveis sequer de serem imaginados, e, como resposta, clamar por um Direito Penal mais severo, mais radical em suas punições, a mídia caracteriza-se como a principal difusora do Direito Penal Máximo no Brasil. Considera-se mídia todo suporte de difusão da informação que constitui um meio intermediário de expressão capaz de transmitir mensagens. Abrangem esses meios o rádio, o cinema, a televisão, a escrita impressa em livros, revistas, boletins, jornais, o computador, os satélites de comunicações e, de um modo geral, os meios eletrônicos e telemáticos de

comunicação em que se incluem também as diversas telefonias. Essa pesquisa tratará da influência da mídia por meio dos veículos de comunicação de massa, considerados aqueles capazes de serem usufruídos pela maioria da população, dessa forma são eles: televisão, rádio, jornal.

Como primeira análise ao que tange às políticas criminais, tomemos o movimento abolicionista, que, segundo Greco (2005), teve sua origem atribuída a Fillipo Gramatica, ao final da Segunda Guerra Mundial. Para Gramatica, a defesa social consistia na ação do Estado destinada a garantir a ordem social, mediante meios que importassem a própria abolição do Direito Penal e dos sistemas penitenciários vigentes. O movimento partiu da deslegitimação do poder punitivo e de sua incapacidade para resolver conflitos, postula o desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos preferentemente informais.

Os mentores do movimento abolicionista partem de diversas bases ideológicas, podendo ser assinalada de modo prevalentemente a fenomenológica, de Louk Hulsman, a marxista, da primeira fase de Thomas Mathiesen, a fenomenológico-histórica, de Nils Christie e, embora não tenha formalmente integrado o movimento, não parece temerário incluir nele a estruturalista, de Michel Foucault. Comprometidos com o princípio da dignidade da pessoa humana, esses autores chegaram às suas conclusões diante da irracionalidade e injustiça do nosso sistema penal, que é capaz de punir delitos de bagatela, enquanto deixa impunes crimes de colarinho branco. E ainda, o que faz permitir a transformação de um fato que, até então, era plenamente tolerado em uma conduta proibida pelo Direito. Louk Hulsman (apud GRECO, 2005, p. 12), um dos precursores do movimento abolicionista, assevera:

Não se costuma perder tempo com manifestações de simpatia pela sorte do homem que vai para a prisão, porque se acredita que ele fez por merecer. 'Este homem cometeu um crime'- pensamos; ou, em termos mais jurídicos, 'foi julgado culpável por um fato punível com pena de prisão e, portanto, se fez justiça ao encarcerá-lo'. Bem, mas o que é um crime? O que é um 'fato punível?' Como diferenciar um fato punível de um fato não-punível?

Por que ser homossexual, se drogar ou ser bígamo são fatos puníveis em alguns países e não em outros? Por que condutas que antigamente eram puníveis, como a blasfêmia, a bruxaria, a tentativa de suicídio, etc, hoje não são mais? As ciências criminais puseram em evidência a relatividade do conceito de infração, que varia no tempo e no espaço, de tal modo que o que é 'delituoso' em um contexto é aceitável em outro. Conforme você tenha nascido num lugar ao invés de outro, ou numa determinada época e não em outra, você é passível – ou não – de ser encarado pelo que fez, ou pelo que é.

A crítica abolicionista é construída desde o momento em que surge a lei penal, proibindo ou impondo determinado comportamento sob a ameaça de sanção, questionando os critérios, bem como a necessidade do tipo penal incriminador, passando pela escolha das pessoas que, efetivamente, sofrerão a aplicação da lei penal. Analisando os critérios da lei penal é muito fácil perceber quem deveras é ameaçado por suas sanções, sofrendo os rigores dessa legislação:

[...] a ‘clientela’ do Direito penal é constituída pelos pobres, miseráveis, desempregados, estigmatizados por questões raciais, relegados em segundo plano pelo Estado, que deles somente se lembra no momento crucial de exercitar a sua força como forma de contenção das massas, em benefício de uma outra classe, considerada superior, que necessita desse ‘muro divisório’ para que tenha paz e tranqüilidade, a fim de que possa ‘produzir e fazer prosperar a nação’ (GRECO, 2005, p. 13).

Mesmo tendo conhecimento de seu *público-alvo*, o Direito Penal esbarra ainda na conhecida *cifra negra*, parcela de infrações penais que não chegam ao conhecimento dos órgãos formais de repressão. E ainda assim quando faz valer o seu *ius puniendi*, com a aplicação da pena previamente cominada pela lei penal, não cumpre com a função que lhe é conferida, reprovando e prevenir o delito. Na visão dos abolicionistas, as condutas selecionadas pelo Estado de acordo com um critério político, para fazerem parte do âmbito de aplicação do Direito Penal, poderiam merecer a atenção tão-somente dos demais ramos do ordenamento jurídico, principalmente do Direito Civil e do Direito Administrativo, preservando-se, dessa forma, a dignidade da pessoa humana, que não se encontraria na estigmatizante condição de condenada pela Justiça Criminal.

O ideal abolicionista considera a prisão um instrumento irracional incapaz de ser utilizado sem desrespeitar a dignidade do ser humano. Porém, torna-se utópico outro ramo do direito atuando em situações mais gravosas, como latrocínios, estupros ou homicídios, onde só o Direito Penal é capaz de punir com medidas proporcionais ao crime praticado. Destarte, o ideal abolicionista é de fato louvável, mas insustentável na sociedade atual que sofre danos irreparáveis a todo instante. Infelizmente, determinadas práticas criminais só são acalentadas pelo sistema penal, que apesar de cruel ainda é o remédio mais eficaz para nossa sociedade. Marchi Júnior (apud GRECO, 2005, p. 15), dissertando sobre a impossibilidade atual de se afastar completamente o sistema penal, erigiu a alternativa do Direito Penal Mínimo como a que melhor se adapta às necessidades sociais:

O abolicionismo surgiu a partir da percepção de que o sistema penal, que havia significado um enorme avanço da humanidade contra a ignomínia das torturas e contra a pena de morte, cujos rituais macabros encontram-se retratados na insuperável obra de Michel Foucault, perdeu sua legitimidade como instrumento de controle social.

Todavia, o movimento abolicionista, ao denunciar essa perda de legitimidade, não conseguiu propor um método seguro para possibilitar a abolição imediata do sistema penal. Diante de tal impasse, o princípio da intervenção mínima conquistou rapidamente ampla adesão da maioria da doutrina, inclusive de alguns abolicionistas que passaram a enxergar nele um estágio em direção à abolição da pena.

De fato, a opção pela construção de sociedades melhores, mais justas e mais racionais, impõe a reafirmação da necessidade imediata de redução do sistema penal enquanto não se alcança a abolição, de forma a manter as garantias conquistadas em favor do cidadão e, ao mesmo tempo, abrir espaço para progressiva aplicação de mecanismos não penais de controle, além de privilegiar medidas preventivas de atuação sobre as causas e as origens estruturais de conflitos e situações socialmente negativas.

Ressaltando o pensamento de Marchi Júnior, este estudo terá continuidade tratando do Princípio da intervenção mínima, adotado pelo Movimento do Direito Penal Mínimo, que, apresenta-se com um ideal equilibrado, diferentemente das demais concepções político criminais. Seu discurso é mais coerente com a realidade social, tratando como finalidade do Direito Penal a proteção tão somente dos bens necessários e vitais ao convívio em sociedade. Aqueles bens que, em razão de sua importância, não poderão ser somente protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico. Seu raciocínio é baseado em vários princípios, que orientam o legislador na criação e na revogação dos tipos penais, servindo de norte, ainda, aos aplicadores da lei penal, a fim de que seja produzida uma correta interpretação. São princípios indispensáveis à essa concepção minimalista o da intervenção mínima, lesividade, adequação social, insignificância, individualização da pena, proporcionalidade, responsabilidade pessoal, limitação das penas, culpabilidade e da legalidade, sendo estes explicados a seguir.

Vital ao Direito Penal Mínimo, o princípio da intervenção mínima tem por sua primeira missão orientar o legislador quando da criação ou revogação dos tipos penais. Ele gira

em torno da proteção dos bens mais importantes existentes na sociedade, bem como da natureza subsidiária do Direito Penal. O primeiro passo para a criação do tipo penal incriminador é, efetivamente, a valoração do bem. Se for concebido como bem de relevo, passaremos ao segundo raciocínio, ainda no mesmo princípio, vale dizer, o da subsidiariedade. Embora importante o bem, se os outros ramos do ordenamento jurídico forem fortes e capazes o suficiente para levar a efeito a sua proteção, não haverá necessidade da intervenção drástica do Direito Penal. Sua importância deverá também ser aferida para fins de revogação dos tipos. Se um bem que era importante no passado, mas, atualmente, já não goza desse prestígio, não poderá mais merecer a tutela do Direito Penal, servindo o princípio da intervenção mínima de fundamento para a sua revogação.

Em seguida ao princípio da intervenção mínima, tomado apenas como um primeiro passo, a análise deve continuar para fins de criação típica. Na sequência deve se averiguar se aquele bem, considerado como importante e incapaz de ser protegido pelos outros ramos do ordenamento jurídico, é atacado por uma conduta não tolerada socialmente. Este raciocínio é primordial porque, mesmo sendo o bem importante, se a conduta que o atinge for socialmente tolerada, não poderá haver a criminalização, pois, se assim o fizéssemos, estaríamos, na verdade, convocando a sociedade a praticar infrações penais, pois que ela não deixaria de praticar os comportamentos a que estava acostumada.

Serve o princípio da adequação social na orientação do legislador tanto na criação quanto na revogação dos tipos. Condutas que já foram consideradas socialmente inadequadas, se na atualidade forem aceitas pela sociedade, deverá o legislador afastar a criminalização. Tal como se exige, hoje, com a prática do jogo do bicho, conduta perfeitamente assimilada pela sociedade, que, inclusive, pratica jogos semelhantes, e que não mereceram a repressão oficial do Estado. Este princípio deverá, também, orientar a interpretação dos tipos penais, a fim de adaptá-los à realidade, tal como se exige com relação à interpretação da expressão *ato obsceno*, constante do art. 233 do Código Penal. O que era obsceno em 1950 pode não ser hoje. Enfim, é um princípio de verificação obrigatória tanto pelo legislador como pelo aplicador da lei.

O terceiro passo para a criação dos tipos penais seria o princípio da lesividade, por intermédio do qual proíbe-se a incriminação de pensamentos, de modos ou formas de ser e de se comportar, bem como de ações que não atinjam bens de terceiros. Seria vetar as punições pela cogitação, pelo fato de ser homossexual, suicida ou simplesmente por não tomar banho. Apto estaria o legislador a criar a figura típica tão logo ultrapassado os princípios anteriores. Escolhido o bem, após concluir que o comportamento que o ataca é inadequado e lesivo socialmente, abre-se a possibilidade

de na conduta haver a criminalização. Criada a infração penal, passará a fazer parte do acervo que pertence ao Direito Penal, mostrando assim sua natureza fragmentária, em sentido que o Direito Penal não interessa a proteção de todos os bens, mais daqueles de maior relevância para o meio social.

Devemos trabalhar com princípios instrumentais com capacidade de nos levar a uma interpretação garantista e correta após criada a infração penal. Dentre esses princípios podemos destacar o da insignificância. O princípio da insignificância, cuja aplicação conduz à atipicidade do fato praticado, merecerá análise em sede de tipicidade globante, especificamente na vertente correspondente à tipicidade material, que é o critério pelo qual o Direito Penal afere a importância do bem no caso concreto. Se concluirmos pelos princípios anteriores em análise que o patrimônio, por exemplo, é um bem de relevância a ponto de ser protegido pelo Direito Penal, que socialmente a conduta que o ataca é lesiva e inadequada, obteremos razões para criarmos os crimes patrimoniais. Greco (2005, p. 33) coloca-nos a par da seguinte indagação e bem nos ensina que:

Se é certo que o patrimônio abstratamente considerado, é um bem importante a ponto de receber a proteção do Direito Penal, o bem em análise, isto é, que fora objeto de subtração pelo agente, goza desse status? Foi pensando nesse bem que o legislador criou a figura do delito contra o patrimônio? Se a resposta for positiva, concluiremos que a conduta é típica e passaremos à aferição das outras características da infração penal (ilicitude e culpabilidade). Se a resposta for negativa, o estudo da infração penal estará interrompido por ausência de tipicidade material, conduzindo-nos em último caso à completa atipicidade do fato.

Previsto no inciso XLVI do art. 5º de nossa Constituição Federal, o princípio da individualização da pena obriga-nos a pensarmos da seguinte forma: o Direito Penal pela finalização de exercer sua proteção, somente faz a opção pelos bens mais importantes ao convívio da sociedade. Feita essa opção, presume-se, que o bem é relevante. No entanto os bens selecionados gozam da mesma relevância, ou cada um deles possui importância maior sobre os outros? Sem muito esforço podemos perceber que cada bem escolhido possui uma importância distinta dos outros, daí decorre a necessidade de se individualizar a pena, que é justamente o critério de que se vale o Direito Penal a fim de atribuir a importância merecida a cada bem. A pena nada mais é que o pagamento por cada infração penal cometida, correspondente à gravidade do delito consumado e ligada à importância do bem. A individualização da pena pode ocorrer em três fases diferentes: a) cominação: que é a que ocorre no plano abstrato, de competência do legislador; b) aplicação: que ocorre no plano concreto,

sendo atribuída ao julgador; e por fim c) execução: que ocorre durante a execução da pena.

Intimamente ligado ao da individualização da pena, o princípio da proporcionalidade teve sua origem no período iluminista. Segundo ele, a pena deverá ser proporcional ao mal praticado pelo agente e o pensamento da proporcionalidade deverá ser levado em conta tanto num plano abstrato como num plano concreto. É adotado por nossa Constituição Federal ainda o princípio da responsabilidade pessoal, através do qual podemos concluir que a pena não deverá ultrapassar a pessoa do condenado. Embora isso não ocorra na realidade como já colocamos anteriormente em nosso estudo, uma vez que a punição atinge, ainda que indiretamente, às pessoas próximas ao agente.

Nossa Carta Constitucional expressa também o princípio da limitação da pena em seu art. 5º, inciso XLVII, tendo verificado que todas as escritas usadas para definir este princípio atende ao amplo fluido do princípio da dignidade humana. Tendo a natureza de princípio intimamente ligado ao próprio agente, deve-se obrigatoriamente analisar o princípio da culpabilidade que prega que se torna impossível a intervenção do Direito Penal quando a conduta do agente não for passível de censuras, sendo que não poderia ter agido de outra forma na situação em que se encontrava.

O princípio da legalidade, considerado a coluna de todos os outros princípios, será observado para fins de aferição tanto material quanto formal, sendo que o interprete não poderá somente avaliar a legalidade formal, mas, principalmente sua legalidade material. Deverá não somente evidenciar se o procedimento legislativo de criação típica foi devidamente observado, como também pesquisar se o conteúdo da lei penal não contraria os princípios expressos e implícitos contidos em nossa Lei Maior, norteadores de todo o sistema. Diferentemente dos movimentos antagônicos – abolicionista e lei e ordem – o Direito Penal mínimo se encontra em equilíbrio, sendo na opinião de Greco “[...] a única via de acesso razoável para que o estado possa fazer valer o seu *ius puniend*, sem agir como tirano, ofendendo a dignidade de seus cidadãos”. Cabe transcrever as palavras de Paulo de Souza Queiroz (apud GRECO, 2005, p. 35):

Reduzir, pois, tanto quanto seja possível, o marco de intervenção do sistema penal, é uma exigência de racionalidade. Mas é também [...] um imperativo de justiça social. Sim, porque um Estado que se define Democrático de Direito (CF, art. 1º), que declara, como seus fundamentos, a ‘dignidade da pessoa humana’, a ‘cidadania’, ‘os valores sociais da trabalho’, e proclama, como seus objetivos fundamentais, ‘construir uma sociedade livre, justa, solidária’, que promete erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais

e regionais', 'promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação'(art. 3º), e assume, assim declaradamente, missão superior em que lhe agigantam as responsabilidades, não pode, nem deve, pretender lançar sobre seus jurisdicionados, prematuramente, esse sistema institucional de violência seletiva, que é o sistema penal, máxime quando é esse Estado, sabidamente, por ação e/ou omissão, em grande parte co-responsável pelas gravíssimas disfunções sociais que sob seu cetro vicejam e pelos dramáticos conflitos que daí derivam.

Isso posto, cabe ressaltar conforme as palavras de Queiroz a existência de um movimento de Direito Penal Máximo, que idealiza punições mais severas e que abranjam um maior número de atos ilícitos. O Direito Penal Máximo é a contraposição do Abolicionismo. Desde o final do século passado, grande responsável pela propagação e divulgação dessa corrente, vem sendo a mídia. Através de profissionais não habilitados (jornalistas, repórteres, apresentadores de programas de entretenimento, etc.) que chamaram para si a responsabilidade de criticar as leis penais, fazendo a sociedade acreditar que, mediante o recrudescimento das penas, a criação de novos tipos penais incriminadores e o afastamento de determinadas garantias processuais, a sociedade ficaria livre daquela parcela de indivíduos não adaptados.

O sensacionalismo é a arma utilizada pela mídia para esse convencimento da sociedade, transmitindo imagens chocantes, em rede nacional, que causam revolta e repulsa no meio social. Homicídios cruéis, estupro de crianças, presos que, durante rebeliões, torturam suas vítimas, corrupçãoes, enfim, situações que deixam a sociedade acuada mediante assustadora violência, fazendo com que ela acredite ser o Direito Penal a solução de todos os seus problemas. Com isso, o Estado social saiu de cena para que estrelasse um Estado Penal. Investimentos em ensino fundamental, médio e superior, lazer, cultura, saúde, habilitação são relegados a segundo plano, priorizando-se o setor repressivo. O Congresso fecha seus olhos para uma melhoria nas condições sociais da população, o que deveras ajudaria na diminuição da criminalidade, preocupa-se em anunciar a todo instante novas medidas de combate ao crime.

A violência deve ser combatida não de forma ainda mais violenta do que a dos crimes praticados. Não é punindo com crueldade que se obtém êxito. Pelo contrário, dessa forma só se incentiva a criminalidade. A invasão de favelas não deveria ser feita por policiais excessivamente armados e dispostos a exterminar vidas, mas sim por um exército de sabedoria com disposição para educar e assassinar a ignorância desses marginalizados que muitas vezes enveredam no caminho do crime por questão de sobrevivência.

O Movimento de Lei e Ordem e o Direito Penal do Inimigo são dois movimentos que aderiram ao ideal do Direito Penal Máximo, logo, este estudo terá seqüência acerca dos mesmos. O movimento denominado Lei e Ordem, integrante do ideal do Direito Penal Máximo, tem por adeptos ao seu pensamento os que acreditam ser o Direito Penal a solução de todos os males que afligem a sociedade. Não importando a dimensão do crime para que optem pela intervenção do ramo penal do direito, julgando o uso desse necessário não só em casos extremos. Quando se busca caracterizar o Movimento de Lei e Ordem é inevitável citar o exemplo norte-americano, do movimento denominado *Tolerância Zero*, uma de suas vertentes, criado no começo da década de 90, na cidade de Nova York, e iniciado pelo então prefeito, Rudolph Giuliani, juntamente com o chefe de polícia William Bratton. Com essa teoria pretendiam reorganizar o trabalho da polícia local, objetivando refrear o medo das classes médias e superiores por meio da perseguição permanente dos pobres nos espaços públicos (ruas, parques, estações ferroviárias, ônibus, metrô, etc.):

Usam para isso três meios: aumento em 10 vezes dos efetivos e dos equipamentos das brigadas, restituição das responsabilidades operacionais aos comissários de bairro com obrigação quantitativa de resultados, e um sistema de radar informatizado (com arquivo central sinalético e cartográfico consultável em microcomputadores a bordo dos carros de patrulha) que permite a redistribuição contínua a intervenção quase instantânea das forças da ordem, desembocando em uma aplicação inflexível da lei sobre delitos menores tais como embriaguez, a jogatina, a mendicância, os atentados aos costumes, simples ameaças e outros comportamentos anti-sociais associados aos sem-teto (WACQUANT apud GRECO, 2005, p. 17).

A política desse movimento era tornar o Direito Penal o protetor de, basicamente, todos os bens existentes na sociedade, não se devendo perquirir a respeito de sua importância. Se um bem jurídico é atingido por um comportamento anti-social, tal conduta poderá transformar-se em infração penal, bastando, para tanto, a vontade do legislador. Por essa teoria educar a população virou função do direito penal, fazendo com que comportamentos de pouca monta, irrelevantes, sofram as consequências graves desse ramo do ordenamento jurídico. O que descaracteriza a real função do direito penal que, utilizado levemente, induz à criminalidade ao invés de detê-la. Não se educa a sociedade por intermédio de leis e sanções. O raciocínio da Direito Penal Máximo nos conduz, obrigatoriamente, à sua falta de credibilidade. Quanto mais infrações penais, menores são as possibilidades de serem efetivamente punidas as condutas infratoras, tornando-se ainda mais seletivo e maior a cifra negra. Afinal, a certeza de um castigo brando, causa mais impacto do que o temor de uma punição severa.

O pensamento do movimento Lei e Ordem, de forma resumida, entende que deve ser utilizado o Direito Penal como *prima ratio*, e não como *ultima ratio* da intervenção do Estado perante os cidadãos, cumprindo um papel de cunho eminentemente educador e repressor, não permitindo que as condutas socialmente intoleráveis, por menor que sejam, deixem de ser reprimidas. O falacioso conforto trazido à sociedade pelo raciocínio maximalista dessa corrente não pode prosperar. Nem a própria sociedade toleraria a punição de todos os seus comportamentos anti-sociais, os quais já está acostumada a praticar cotidianamente. Afinal, severas sanções são bem vindas aos outros, mas quando nos atingem, ou a amigos e familiares, julgamos as mesmas absurdas.

Já o Direito Penal do Inimigo é tido como um dos membros mais agressivos do Direito Penal Máximo. Destacaremos em nosso estudo o Direito Penal do Inimigo desenvolvido pelo professor alemão Günter Jakobs, na segunda metade da década de 90. Ele procurou traçar uma distinção entre um Direito Penal do Cidadão, garantista, com observância de todos os princípios fundamentais que lhe são pertinentes, e um Direito Penal do Inimigo, despreocupado com seus princípios fundamentais, pois que não estaríamos diante de cidadãos., mas sim de inimigos do Estado:

Um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. E é que o estado natural é um estado de ausência de norma, quer dizer, a liberdade excessiva tanto como de luta excessiva. Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a essa determinação (JAKOBS apud GRECO, 2005, p. 23).

No Direito Penal do inimigo são evidentes três elementos: amplo adiantamento da punibilidade, penas desproporcionalmente altas, relativização ou até mesmo a supressão de determinadas garantias processuais. Segundo Jakobs, esse direito estaria presente no Brasil na lei que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção de ações praticadas por organizações criminosas (Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995). Atualmente pode ser enquadrado naquilo que se reconhece como a *terceira velocidade do Direito Penal*, dentre as três velocidades possivelmente visualizadas.

A primeira velocidade seria a que tem por fim último a aplicação da pena privativa de liberdade, onde são mantidos rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais. Na segunda velocidade, temos o Direito Penal à aplicação de penas não privativas de liberdade, a exemplo do que ocorre no Brasil com os Juizados Especiais Criminais, cuja finalidade de acordo com o art. 62 da Lei nº 9.099/95, é, precipuamente, a aplicação de penas que não importem na privação de liberdade do cidadão, devendo, pois, ser priorizadas as penas restritivas de direitos e a pena de multa. Nessa segunda velocidade do Direito Penal, poderiam ser afastadas algumas garantias, com o escopo de agilizar a aplicação da lei

penal. Apesar da resistência, tem-se procurado estender o Direito Penal do Inimigo a uma terceira velocidade, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com uma minimização das garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade).

A dificuldade da aplicação dessa teoria se dá principalmente em como caracterizar quem é considerado inimigo, tendo suprimidas suas garantias penais e processuais penais. Para Jakobs eles seriam os terroristas. Mas no Brasil, seriam eles os traficantes das grandes cidades? Não seria extremamente perigoso ao sistema um Direito Penal, baseado no perigo e sem nenhum tipo de limitações ao poder punitivo do Estado, em face do delinquente perigoso e especialmente para o delinquente habitual? Ainda que, considerado por essa corrente, um inimigo do Estado não deveria de acordo com o princípio da dignidade humana ser levado em conta o fato de ser um cidadão?

Enfim, taxar de irrecuperável qualquer ser humano, ainda que pertencente a facções organizadas (terroristas ou traficantes), é o auge da insensatez. Desistir de recuperar alguém sob o rótulo de possuir um defeito de caráter, que o impede de agir como os demais cidadãos, é caminhar para trás abrindo mão dos direitos e garantias que conquistamos vagarosamente a duras penas até então. Nesse sentido, a mídia se mostra um importante instrumento de difusão do ideal maximalista, quando utiliza seu poder de formadora de opinião pública para inserir na consciência dos espectadores repudia com relação a determinado infrator. Toma para si o posto de *justiceira* e condena um cidadão antes mesmo de ser indiciado, através de programas sensacionalistas como o do *Ratinho*, transmitido pelo SBT. Provoca tamanho desprezo da sociedade com relação ao criminoso (ou possível criminoso em determinados casos), fomentando o ódio e o desejo de puni-lo da forma mais severa possível, muitas vezes violando garantias de qualquer cidadão brasileiro. Essa mitigação pela mídia das garantias do sistema acusatório brasileiro ensejará o prosseguimento desse estudo acerca da influência midiática no âmbito judiciário.

2. O sistema acusatório brasileiro e suas garantias: a mitigação pela mídia

Sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto. O Estado deve tornar efetiva a ordem normativa penal, assegurando a aplicação de suas regras e de seus preceitos básicos, e esta aplicação somente poderá ser feita através do processo, que deve se revestir, em princípio, de duas formas: a inquisitiva e a acusatória. Em um Estado Democrático de Direito, o sistema acusatório é a garantia do cidadão contra qualquer arbítrio do Estado. A *contrario sensu*, no Estado totalitário, em que a repressão é a mola mestra e há supressão dos direitos e garantias individuais, o sistema inquisitivo encontra sua guarida.

O sistema inquisitivo surgiu nos regimes monárquicos e se aperfeiçoou durante o direito canônico, passando a ser adotado em quase todas as legislações européias dos séculos XVI, XVII e XVIII. Este sistema surgiu após o acusatório privado, com sustento na afirmativa de que não se poderia deixar que a defesa social dependesse da boa vontade dos particulares, já que eram estes que iniciavam a persecução penal. O cerne de tal sistema era a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir a prática dos delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares. O Estado-juiz passou a concentrar em suas mãos as funções de acusar e julgar, comprometendo sua imparcialidade.

Caracterizado por não haver nele separação de funções, no processo inquisitivo, o próprio órgão que investiga é o que pune. O juiz inicia a ação, defende o réu e julga-o, acumulando todas as funções em suas mãos. No sistema inquisitivo, o juiz não forma seu convencimento diante das provas dos autos que lhe foram trazidas pelas partes, mas visa convencer as partes de sua íntima convicção, pois já emituiu, previamente, um juízo de valor ao iniciar a ação. O processo inquisitivo é regido pelo sigilo, de forma secreta, longe dos olhos do povo. Não há contraditório nem ampla defesa, pois o acusado é mero objeto do processo e não sujeito de direitos, não sendo a ele conferida nenhuma garantia. O sistema de provas é o da prova tarifada ou prova legal, o que conseqüentemente torna a confissão a rainha das provas. Considerando as características peculiares ao sistema inquisitivo a fala de Rangel (2002, p. 45) deve ser destacada:

O sistema inquisitivo, assim, demonstra total incompatibilidade com as garantias constitucionais que devem existir dentro de um Estado Democrático de Direito e, portanto, deve ser banido das legislações modernas que visem assegurar ao cidadão as mínimas garantias de respeito à dignidade da pessoa humana.

No entanto, não adianta o direito brasileiro adotar o sistema acusatório teoricamente, e permitir que na prática seu processo judicial tenha violado as garantias inerentes a qualquer cidadão. O sistema misto tem fortes influências do sistema acusatório privado de Roma e do posterior sistema inquisitivo desenvolvido a partir do Direito canônico e da formação dos Estados nacionais sob o regime da monarquia absolutista. Procurou-se com ele temperar a impunidade que estava reinando no sistema acusatório, em que nem sempre o cidadão levava ao conhecimento do Estado a prática da infração penal, fosse por desinteresse ou por falta de estrutura mínima e necessária para suportar as despesas inerentes àquela atividade; ou, quando levava, em alguns casos, fazia-o movido por um espírito de vingança. Neste caso, continuava nas mãos do Estado a persecução penal, porém feita na fase anterior à ação penal e levada a cabo pelo Estado-juiz. As investigações criminais eram feitas pelo magistrado com sérios

comprometimentos de sua imparcialidade, porém a acusação passava a ser feita, agora, pelo Estado-administração: o Ministério Público. Segundo Rangel (2002, p. 48), duas fases procedimentais distintas dividem o sistema misto:

1ª) instrução preliminar: nesta fase, inspirada no sistema inquisitivo, o procedimento é levado a cabo pelo juiz, que procede às investigações, colhendo as informações necessárias a fim de que se possa, posteriormente, realizar a acusação perante o tribunal competente;

2ª) judicial: nesta fase, nasce a acusação propriamente dita, onde as partes iniciam um debate oral e público, com a acusação sendo feita por um órgão distinto do que irá julgar, em regra, o Ministério Público.

No sistema misto, a fase preliminar de investigação é levada a cabo, em regra, por um magistrado que, com o auxílio da polícia judiciária, pratica todos os atos inerentes à formação de um juízo prévio que autorize a acusação. Há nítida separação entre as funções de acusar e julgar, não havendo processo sem acusação. Na fase preliminar, o procedimento é secreto, escrito e o autor do fato é mero objeto de investigação, não havendo contraditório nem ampla defesa, face à influência do procedimento inquisitivo. Já a fase judicial é inaugurada com acusação penal feita, em regra, pelo Ministério Público, onde haverá um debate oral, público e contraditório, estabelecendo plena igualdade de direitos entre a acusação e a defesa.

O acusado, na fase judicial, é sujeito de direitos e detentor de uma posição jurídica que lhe assegura o estado de inocência, devendo o órgão acusador demonstrar a sua culpa, através do devido processo legal, e destruir este estado. O ônus é todo e exclusivo do Ministério Público. O procedimento na fase judicial é contraditório, sendo assegurada ao acusado a ampla defesa, garantida a publicidade dos atos processuais e regido pelo princípio da concentração, em que todos os atos são praticados em audiência. O sistema misto, não obstante ser um avanço frente ao sistema inquisitivo, não é considerado o melhor sistema, pois ainda mantém o juiz na colheita de provas, mesmo que na fase preliminar da acusação.

A função jurisdicional deve ser ao máximo preservada, reiterando-se, nos Estados democráticos de direito, o juiz da fase persecutória e entregando-se a mesma ao Ministério Público, que é quem deve controlar as diligências investigatórias realizadas pela polícia judiciária, ou, se necessário for, realizá-las pessoalmente, formando sua *opinio delicti* e iniciando a ação penal. Logo, os sistemas processuais já vistos, inquisitivo e misto, são frutos do período político de cada época, pois, à medida que o estado se aproxima do autoritarismo, diminuem as garantias do acusado.

Porém, à medida que se aproxima do Estado Democrático de Direito, as garantias constitucionais são-lhe entregues. Portanto, levando em conta o atual período político brasileiro, este estudo terá seqüência analisando o sistema processual atualmente por ele adotado, o sistema acusatório.

O sistema acusatório tem nítida separação de funções, ou seja, o juiz é órgão imparcial de aplicação da lei, que somente se manifesta quando devidamente provocado; o autor é quem faz a acusação (imputação penal + pedido), assumindo todo o ônus da acusação, e o réu exerce todos os direitos inerentes à personalidade, devendo defender-se utilizando todos os meios e recursos inerentes à sua defesa. Assim, no sistema acusatório, cria-se o *actum trium personarum*, ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu. Neste sistema, o juiz não mais inicia, *ex officio*, a persecução penal *in iudicium*. Há um órgão próprio, criado pelo Estado, para propositura da ação. Na França, em fins do século XIV, surgiram os *les procureurs du roi* (os procuradores do rei), dando origem ao Ministério Público. Assim, o titular da ação penal pública passou a ser o Ministério Público, afastando o juiz da persecução penal. O processo acusatório visa preservar a imparcialidade do juiz, para que seja um autêntico julgador supra partes. Evidente é a imparcialidade do órgão julgador, pois o juiz está distante do conflito de interesses instaurado entre as partes, mantendo seu equilíbrio, porém dirigindo o processo adotando as providências necessárias à instrução do feito, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

O sistema acusatório caracteriza-se pela separação entre as funções de acusar, julgar e defender, com três personagens distintos: autor, juiz e réu. Seu processo é regido pelo princípio da publicidade dos atos processuais, admitindo-se, como exceção, o sigilo na prática de determinados atos. Os princípios do contraditório e da ampla defesa informam todo o processo. O réu é sujeito de direitos, gozando de todas as garantias constitucionais que lhe são outorgadas. O meio de provas adotado é o do livre convencimento, ou seja, a sentença deve ser motivada com base nas provas carreadas para os autos. O juiz está livre na sua apreciação, porém não pode se afastar do que consta no processo.

Hodiernamente, no direito brasileiro, vige o sistema acusatório, pois, a função de acusar foi entregue, privativamente, a um órgão distinto: o Ministério Público, e, em casos excepcionais, ao particular. Não existindo a figura do juiz instrutor, pois a fase preliminar e informativa que temos antes da propositura da ação penal é a do inquérito policial e este é presidido pela autoridade policial. Mas ao analisar o sistema acusatório adotado pelo Brasil atualmente muitos doutrinadores não o consideram um sistema puro em sua essência, pois o inquérito policial regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, tratando o indiciado como objeto de investigação, integra os autos

do processo, e o juiz, muitas vezes, pergunta, em audiência, se os fatos que constam do inquérito policial são verdadeiros. Inclusive, ao tomar depoimento de uma testemunha, primeiro lê seu depoimento prestado, sem o crivo do contraditório, durante a fase do inquérito, para saber se confirma ou não, e, depois, passa a fazer as perguntas que entende necessárias. Nesse caso, o procedimento meramente informativo, inquisitivo e sigiloso dá o pontapé inicial na atividade jurisdicional à procura da verdade real. Dessa forma, como afirmar que o sistema acusatório adotado pelo Brasil é puro? Pode-se dizer que avançou, porém, não há que se negarem os resquícios do sistema inquisitivo.

Exordial do processo acusatório o inquérito policial assume grande responsabilidade, pois ameaça garantias inerentes ao cidadão. Ao refletir sobre esta etapa da persecução penal percebe-se o quanto torna-se prejudicial ao processo a influência que a mídia exerce sob o inquérito policial. A Constituição Federal brasileira traz uma série de princípios que deveriam servir de norte ao legislador e aos aplicadores da lei. Ocorre, que tais princípios ainda que não possam ser deixados de lado formalmente, são constantemente ignorados informalmente. Assegurados por nossa lei maior os princípios constitucionais garantidores são um direito inerente a qualquer cidadão, porém vêm sendo mitigados pelo poder da mídia. É o caso do Princípio da Presunção da Inocência, o da Ampla Defesa, do Contraditório e o da Publicidade.

O Princípio da Presunção de Inocência expresso no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, consiste no fato que, “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Seu marco principal ocorreu no final do século XVIII, em pleno iluminismo, quando, na Europa Continental, surgiu a necessidade de se insurgir contra o sistema processual penal inquisitório, de base romano-canônica, que vigia desde o século XII. Nesse período o sistema o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia. Surgiu, daí, a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço, queria sua condenação, presumindo-o, como regra, culpado. Com a eclosão da Revolução Francesa, nasce o diploma marco dos direitos e garantias fundamentais do homem: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Nela fica consignado, em seu art. 9º, que “Todo o homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário empregado para a efetuar deve ser severamente reprimido pela lei”.

Foi exatamente quando o processo penal europeu passou a se deixar influenciar pelo sistema acusatório que surgiu uma maior proteção da inocência do acusado. A Constituição da República Federativa do Brasil, pela primeira vez, consagrou o chamado princípio da presunção de inocência, proclamado, em 1948, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU. Assim, para parte da doutrina, qualquer

medida de coerção pessoal contra o acusado somente deve ser adotada se revestida de caráter cautelar e, portanto, se extremamente necessária. Enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente poderá ser admitida a título de cautela.

Alguns doutrinadores, como Rangel (2002), questionam a terminologia presunção de inocência, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente. A Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência.

A atuação da mídia é questionável justamente neste ponto, pois, não apenas noticia o fato e o provável suspeito de forma imparcial, mantendo-se no campo da presunção. Ocorre que, a maneira sensacionalista como ataca o suspeito, em rede nacional, o apontando como culpado, ultrapassa o campo da presunção. Dessa forma, a mídia considera culpado até que se prove o contrário, desrespeitando o princípio constitucional da presunção de inocência.

O magistrado, ao condenar, presume a culpa; ao absolver, presume a inocência, presunção *juris tantum*, pois o recurso interposto dessa decisão fica sujeito a uma condição (evento futuro e incerto), qual seja a reforma (ou não) da sentença pelo tribunal. Desta forma, o réu tanto pode ser presumido culpado como presumido inocente e isto em nada fere a Constituição Federal. Seria ilógico imaginarmos que o juiz ao condenar, presume o réu inocente. Não. Neste momento, a presunção é de culpa e, óbvio, ao absolver, a presunção é de inocência. Destarte, nem o juiz de primeira instância ao condenar o réu excede a etapa da presunção, até que sua sentença transite em julgado. E se até mesmo para presumir alguém culpado faz-se necessário um processo guardado pelas garantias e direitos inerentes ao cidadão. Como pode o judiciário permitir que a mídia considere alguém culpado e condenável sem qualquer tramitação jurisdicional prévia? Não estaria sendo desconsiderado o Princípio da Presunção de Inocência?

A Constituição da República Federativa do Brasil consagra mais dois princípios importantes para essa pesquisa, ainda em seu art. 5º, porém inciso LV, “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o *contraditório* e *ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes”. A instrução contraditória é inerente ao próprio direito de defesa, pois não se concebe um processo legal, buscando a verdade dos fatos, sem que se dê ao acusado a oportunidade de

desdizer as afirmações contra ele feitas na peça exordial. O ato jurídico que garante o direito do réu de ser ouvido sobre as acusações que pesam sobre ele é a citação. No processo penal, o respeito a este chamado vai tão longe que, uma vez citado e não comparecendo o réu, o Estado-juiz nomeia-lhe defensor para que faça sua defesa técnica, para garantir o equilíbrio na relação jurídico-processual, onde as partes (autor e réu) ficam no mesmo pé de igualdade, mantendo uma perfeita harmonia entre os bens jurídicos que irão se contrastar: pretensão punitiva x pretensão de liberdade.

O dispositivo constitucional acima citado (art. 5º, LV) não pode levar o intérprete a pensar que a expressão *processo administrativo* compreende a fase inquisitorial ou uma colocação mais precisa no procedimento administrativo instaurado na delegacia de polícia. O conceito de processo administrativo é diferente do de procedimento administrativo. O primeiro é gênero, do qual surgem várias espécies, sendo a mais freqüente o processo disciplinar, onde se busca uma sanção de caráter administrativo ao administrado. É a este que a Constituição Federal refere-se, dando o direito de defesa e assegurando o contraditório a quem resiste administrativamente a esta pretensão punitiva disciplinar. O segundo é o meio e modo pelo qual os atos administrativos serão praticados. O rito, a forma de proceder e o conjunto de formalidades que serão adotadas.

O inquérito policial, assim, não passa de mero expediente administrativo, que visa apurar a prática de uma infração penal coma delimitação da autoria e as circunstancias em que a mesma ocorrera, sem o escopo de infligir pena a quem seja objeto desta investigação. Assim, o caráter inquisitorial afasta, do inquérito policial, o princípio do contraditório. O princípio do contraditório traz, como consequência lógica, a igualdade das partes, possibilitando a ambas a produção, em idênticas condições, das provas de suas pretensões. Através da definição do princípio do contraditório fica perceptível seu desencontro com a maneira de agir da mídia. Afinal, alguém já foi *citado* para aparecer em horário nobre da programação jornalística para ter a oportunidade de desdizer as afirmações contra ele feitas?

Quando, nas Constituições, se assegura à ampla defesa, entende-se que, para observância desse comando, deve a proteção derivada da cláusula constitucional abranger o direito à defesa técnica durante todo o processo e o direito de autodefesa. Colocam-se ambos em relação de diversidade e complementariedade. A defesa técnica, para ser ampla como exige o texto constitucional, apresenta-se no processo como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva. Por outro lado, além de ser garantia, a defesa técnica é também direito e assim, pode o acusado escolher defensor de sua confiança. Não se pode imaginar defesa ampla sem defesa técnica, essencial para se garantir a paridade de armas. De um lado, tem-se, em regra, o Ministério Público composto de membros altamente qualificados e que conta, para auxiliá-lo, com a

polícia Judiciária, especializada na investigação criminal. Deve, assim, na outra face da relação processual, estar o acusado amparado também por profissional habilitado, ou seja, por advogado ou defensor público.

Além de a defesa ser necessária, é indeclinável, não podendo o acusado a ela renunciar. O direito de defesa é ao mesmo tempo garantia da própria justiça, havendo interesse público em que todos os acusados sejam defendidos, pois só assim será assegurado efetivo contraditório, sem o qual não se pode atingir uma solução justa. Sendo a defesa necessária e indeclinável, deve ela se manifestar durante todo o *iter processual*. Não basta, como sucede com a ação civil, o poder de reação inicial, sendo mister que se assegure ao acusado a garantia de que, no correr do processo, terá efetiva contraposição à acusação: garantia de contraditório, garantia do direito à prova, garantia ao duplo grau de jurisdição.

Além de necessária, indeclinável, plena, a defesa deve ser efetiva, não sendo suficiente a aparência de defesa. O fato de ter o réu defensor constituído, ou de ter sido nomeado advogado para sua defesa, não é suficiente. É preciso que se perceba, no processo, atividade efetiva do advogado no sentido de assistir o acusado. De que adiantaria defensor designado que não arrolasse testemunhas, não reperguntasse, oferecesse alegações finais exageradamente sucintas, sem análise da prova, e que, por exemplo, culminassem com pedido de justiça? Haveria, aí, alguém designado para defender o acusado, mas a sua atuação seria tão deficiente que é como se não houvesse defensor.

É importante assegurar ao acusado, como derivação do direito à defesa técnica, a possibilidade de escolher defensor, porque a relação que se deve estabelecer entre os dois é de recíproca confiança, sendo assegurada ao acusado pobre assistência judiciária gratuita. A mídia, por sua vez, além de não assegurar ao acusado defesa, muitas vezes entrevista o promotor criminal responsável pelo caso sem ceder o mesmo espaço ao defensor do réu. Inibe os princípios do contraditório e da ampla defesa, ao negar que o acusado disserte sobre sua versão dos fatos. A garantia da publicidade dos atos processuais está expressa no art. 5º, “LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. No inciso IX do art. 93 ficou ainda estabelecido que “[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

Foi a atual Carta Magna, de 5 de outubro de 1988, que elevou à eminência constitucional a garantia da publicidade dos atos processuais. O tema, antes, era cuidado apenas pelo Código de Processo Penal, no art. 792. Assim, apesar de não estar antes na Carta

Constitucional, a garantia “[...] já estava incorporada à cultura do processo brasileiro”, encontrada nos Códigos. A inserção da garantia na Constituição alterou situações em que a regra era o julgamento em sigilo, como sucedia, por exemplo, nos julgamentos militares, os quais, depois, passaram a ser feitos com maior publicidade, assegurando-se a participação das partes. Trata-se de garantia relevante e que assegura a transparência da atividade jurisdicional, permitindo ser fiscalizada pelas partes própria comunidade. Com ela são evitados excessos ou arbitrariedades no desenrolar da causa, surgindo, por isso, a garantia como reação aos processos secretos, proporcionando aos cidadãos a oportunidade de fiscalizar a distribuição da justiça.

Há publicidade plena, popular ou geral, quando os atos do processo estão abertos a todo o público. Com pequenas variações de conteúdo, a doutrina refere-se à publicidade restrita, especial, mediata, interna, para as partes, quando há limitação à publicidade dos atos do processo. Mas a regra, no sistema constitucional e processual, é a publicidade plena, ficando expressas as hipóteses em que se permite a publicidade restrita: defesa da intimidade e interesse social (art. 5º., LX, da CF) e escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem (art. 792, § 1º, do CPP).

Os atos processuais devem ser transparentes, o que deve ser evitado é a publicidade desnecessária e sensacionalista, como as transmissões de julgamentos por rádio ou televisão. Expõe demasiadamente os protagonistas da cena processual ao público em geral e causa constrangimento ao acusado, à vítima e às testemunhas. Na fase do inquérito policial, deve a autoridade policial assegurar o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. O que não ocorre na atualidade com os casos de grande repercussão nacional. É necessário cuidado nas divulgações de fatos e dados relativos à vítima na fase de investigação policial. Muito comumente acontece que, instaurado o inquérito, iniciada a investigação, os meios de comunicação passem a veicular fatos graves, sem a mínima preocupação com a vítima: seu nome é noticiado, é ela qualificada, seu endereço é mencionado, são relatados fatos desagradáveis de intensa repercussão na sua vida pessoal, familiar, social.

Exemplo gritante é o dos crimes sexuais violentos em que a divulgação expõe a mulher ofendida à curiosidade pública, impondo-lhe, após o sofrimento do crime, novos dissabores e impedindo que possa logo retornar a sua vida particular, com a sua privacidade resguardada, protegida, amparada. Em certos crimes, cometidos por grupos organizados ou pessoas perigosas, a divulgação do nome da vítima, de seu endereço residencial, de seu local de trabalho, de seus hábitos, só contribui para aumentar o risco de ser novamente atingida e atrapalhar a investigação. Nestes crimes, norma relevante para acautelar os interesses da vítima seria a de não constar seu endereço nos autos quando houver perigo de vingança ou, por outro motivo, não for conveniente, sendo o endereço fornecido diretamente ao Ministério Público ou ao

Poder Judiciário em folha avulsa, a fim de poder a pessoa ser chamada para prestar declarações na fase processual.

Também a Lei Antitóxicos preocupou-se com o sigilo, ao prescrever que os “[...] registros, documentos ou peças de informação, bem como os autos de prisão em flagrante e os de inquérito policial para apuração do crimes definidos nesta Lei serão mantidos sob sigilo, ressalvadas, para efeito exclusivo de atuação profissional, as prerrogativas do juiz, do Ministério Público, da autoridade policial e do advogado na forma da legislação específica”, pune como crime a violação desse sigilo no art. 17. No caso de julgamento por Tribunal de Júri, a votação na sala secreta foi preservada quando a Constituição Federal (art. 5º, XXXVIII, b) previu o sigilo das votações. Trata-se de hipótese de publicidade restrita justificável pela necessidade de preservar os jurados, que podem, com a presença do réu e de populares, sentirem-se intimidados, afetando-se a imparcialidade do julgamento. Mas a colheita da prova, os debates e a leitura da sentença são públicos. O legislador preocupou-se, ainda, com o sigilo das diligências, gravações e transcrições obtidas com base em interceptações telefônica (art. 8º, *caput*, da Lei nº 9.296/96).

3. Dos Juízos Paralelos da Imprensa

Nos dias atuais, a nota de democracia referida ao moderno processo penal há que propor nova reflexão no tocante à publicidade por conta da modificação, tanto na esfera pública, que não mais se restringe ao Estatal ou não se confunde com ele, como em virtude da verdadeira revolução proporcionada pelo desenvolvimento das tecnologias de comunicação e sua forma de penetração e influência na complexa sociedade de massas. Traçar a trajetória liberal do princípio da publicidade, focalizando o fato de, nos tempos das revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX, na Europa Ocidental, a publicidade procurar submeter a pessoa ou a questão ao julgamento público, tornando as decisões políticas sujeitas à revisão perante a opinião pública, mostra sua mudança com relação ao momento atual.

O controle empresarial dos meios de comunicação de massa, a lógica da competitividade e do mercado que orienta a atuação deles e a distorção da própria noção de publicidade, que, antes de incentivarem a participação democrática da maioria das pessoas relativamente aos negócios da sua cidade e de seu país anulam essa participação, constroem uma nova realidade, paradoxalmente virtual ou espetacular:

Na mudança de função do Parlamento, torna-se evidente a natureza problemática da ‘publicidade’ enquanto princípio de organização da ordem estatal: de um princípio de crítica (exercida pelo público), a ‘publicidade’ teve redefinida a sua função, tornando-se princípio de uma integração

forçada (por parte das instancias demonstrativas – da administração e das associações, sobretudo dos partidos). Ao deslocamento plebiscitário da esfera pública parlamentar corresponde uma deformação no consumismo cultural da esfera pública jurídica. Com efeito, os processos penais que são suficientemente interessantes para serem documentados e badalados pelos meios de comunicação de massa, invertem, de modo análogo, o princípio crítico da ‘publicidade’, do tornar público; ao invés de controlar o exercício da justiça por meio dos cidadãos reunidos, serve cada vez mais para preparar processos trabalhados judicialmente para a cultura de massas dos consumidores arrebanhados (HABERMAS apud PRADO, 2005, p. 162).

O poder (contrapoder) da mídia é empregado especialmente nos casos penais. É grande a influência da sociedade espetacular, da ansiedade midiática e da informação como mercadoria de consumo, destacando negativamente seja o acusado ou os próprios juristas. Na década de 90, já chamava atenção à nova postura do fenômeno mídia e das suas relações com o processo penal. A exploração das causas penais como casos jornalísticos, com intensa cobertura por todos os meios, leva à constatação de que, ao contrário do processo penal tradicional, no qual o réu e a defesa poderão dispor de recursos para tentar resistir à pretensão de acusação em igualdade de posições e paridade de armas com o acusador formal, o processo paralelo difundido na mídia é superficial, emocional e muito raramente oferece a todos os envolvidos igualdade de oportunidade para expor seus pontos de vista.

A disparidade de tratamento que, em muitas ocasiões, é tratada como cobertura isenta e lisa do meio de comunicação, que procura acentuar sua liberdade em face dos investigados quando porventura estes integram ou são vistos como parte das elites políticas, econômicas ou intelectuais, na verdade está a descobrir um fato e produzir algumas danosas consequências. A presunção de inocência sofre drástica violação, pois a imagem do investigado é difundida como da pessoa responsável pela infração penal, e em vista disso, o desequilíbrio de posições que os sujeitos têm de suportar durante o período de exposição do caso pela mídia transfigura os procedimentos seculares de apuração e punição, passando subliminarmente a idéia do caráter obsoleto e ineficiente das garantias processuais, a que se soma a percepção do processo penal como meio demorado de se fazer justiça em comparação com a *célere e perfeita* investigação da mídia.

Semelhante situação sofre o devido processo legal e a liberdade de imprensa, sendo esta última apresentada como direito civil elementar em uma sociedade democrática, mas que geralmente acaba produzindo em seu extremo um modelo autoritário de exercício de poder, em virtude do fato de que os procedimentos acabam tendo

valor exclusivamente formal. Os meios de comunicação socorrem-se em muitas oportunidades de procedimentos ilegais de apuração dos fatos e transmitem a imagem do crime flagrado enquanto ocorre (a antiga verdade real, agora com nova roupagem) amplamente documentado e provado, supostamente, cabendo à Justiça tão-só sacramentar o veredicto de condenação e punir o culpado.

A organização do sistema de direitos fundamentais em sua etapa inicial considerou a necessidade histórica de conter o poder do Estado, opondo-lhe barreiras consistentes nas liberdades públicas. Era e de alguma maneira ainda é assim porque ao Estado são conferidos poderes cujo exercício implica em virtual interferência na esfera privada das pessoas, ameaçando o status de dignidade de que devem ser portadores todos os seres humanos, independentemente de quaisquer outras considerações. No âmbito do processo penal, a proibição do emprego da tortura, a garantia da inviolabilidade física, do domicílio, das comunicações e do patrimônio, conjugam-se como regras destinadas a proteger a honra, a liberdade e a vida dos indivíduos, sendo que a crônica do exercício arbitrário do poder registra o emprego do processo penal como forma de exclusão e controle dos grupos sociais indesejáveis, naturalmente ao mesmo tempo em que se procurava controlar as ações que realmente atentavam contra interesses expressivos das comunidades.

Ter tudo em um mesmo conjunto sempre facilitou o poder no instante de encontrar um pretexto para excepcionar o emprego de meios processuais racionais e éticos de apuração das infrações penais, de sorte que a defesa social fundamentou discurso de compressão de exercício de direitos fundamentais em condições de justificar o processo penal dos regimes autoritários de meados do século XX, na Europa Ocidental. Apesar disso, o movimento de internacionalização dos direitos fundamentais, iniciado após o fim da Segunda Guerra Mundial, ocupou espaços e detonou irreversível conscientização do caráter inalienável e irrenunciável destes direitos, obrigando o Estado a perseguir o delito e punir o delinquente com as armas dispostas em um regime de estrita legalidade e eticidade.

Porém, um novo tipo de poder foi edificado, fora do Estado, com o desenvolvimento da comunicação de massa, em um contexto de sociedade capitalista e com uma forma cada vez mais acentuada de empresas transnacionais de comunicação (as grandes corporações, que monopolizam estes meios). A lógica de freios e contrapesos não funciona em relação a eles, que preconizam auferir legitimidade em virtude do consumo massivo das informações que veiculam. O emprego da censura não é aceitável, pois no lugar de eliminar a doença mata o paciente, abrindo caminho para o extermínio da liberdade de informação e expressão.

Embora se saiba que, no tocante ao funcionamento geral das corporações do ramo, a liberdade de imprensa é ditada por interesses mercadológicos, sobrevive em importante

medida a liberdade de informação de que fazem uso os operadores da imprensa e que tem sido fundamental para esclarecer as pessoas (detentoras do direito à informação) a respeito de fatos relevantes da vida pública e social. Destarte, o controle das situações de conflito entre liberdade de imprensa e devido processo legal pode estar em se proibir à imprensa aquilo que é igualmente proibido ao Estado, isto é, fazer uso de informações obtidas criminosamente.

A censura prévia é impossível, portanto, duas são as possíveis alternativas, segundo Geraldo Prado (2005), a primeira seria recorrer aos mecanismos de responsabilidade tradicional, de natureza reparatória. E a segunda alternativa seria a intransigente proibição de que as partes do processo lancem mão das provas obtidas dessa maneira, a qualquer título. A fidelidade ao sistema acusatório implica em estipular que a sede para a solução dos conflitos de interesse de natureza penal é o processo judicial. Nos casos de intensa exploração pela mídia, é conveniente que se proceda ao desaforamento temporal, suspendendo o curso do procedimento enquanto durar o estado de excitação social.

Visando resguardar a coerência interna entre os diversos elementos constitutivos do sistema acusatório, quando confrontados com a publicidade pós-moderna, segundo Prado (2005), convém seguir e ampliar o exemplo espanhol, pelo qual, em virtude da ordem ministerial de 27 de novembro de 1959, completada pelo ofício circular de 22 de abril de 1985, o Ministério Público está autorizado a emitir comunicados escritos, destinados à imprensa, a fim de evitar informações errôneas. A propósito destes comunicados, deve a lei garantir à parte que se sentir prejudicada o direito de fazer uso de igual expediente, assegurando-se, assim, não só a liberdade de informação como também o exercício desta liberdade verdadeiramente como função social. O processo penal democrático necessita da publicidade dos seus procedimentos e assegurá-la pode impedir que se coloque no seu lugar a publicidade espetacular dos atores que deles tomam parte, além de facilitar o controle e coibir os excessos.

Para Batista (1993), em seminário realizado no Rio de Janeiro, em 1993, os princípios que regem hoje no Brasil a cobertura policial jornalística, de modo objetivo e enxuto, são o princípio da verdade primacial, os princípios da progressividade, o princípio da mais-valia da violência impune, o princípio da manipulação estatística, o princípio da ineficiência do Estado, o princípio da credibilidade imediata do terror e o princípio do estereótipo criminal. É impossível pensar a questão da liberdade de imprensa hoje ignorando: a) que o modelo idealista-liberal da informação *neutra, objetiva*, secundada pela opinião não funciona em sociedades de consumo, nas quais os proprietários dos meios de comunicação necessitam de uma informação *adequada* à subsequente opinião; b) que a mídia se constitui e opera como poder político, tendo em vista a formação de opinião pública – potencialmente, formação de opção eleitoral

e, portanto, de poder; c) que a sobrevivência dos veículos se subordina a relações de mercado, perante as quais o direito de informar tem como pressuposto a capacidade competitiva de vender.

É ingênuo e injusto supor que os princípios a seguir enunciados, mais detalhadamente, são observados em nível de consciência profissional de repórteres e editores, e não opressivamente imposto por essas e outras circunstâncias de um sistema que tem nos órgãos de informação precioso instrumento para sua reprodução. Por outro lado, só um espírito antidemocrático procuraria extrair, da observação específica das páginas policiais, conclusões e preceitos para uma política geral sobre a liberdade de manifestação do pensamento.

O princípio da verdade primacial consiste no fato que a primeira notícia veiculada sobre um fato criminal, que o próprio jornal apurou ou que divulga com exclusividade, constitui-se em dogma, matriz e fio condutor de todo o noticiário subsequente. Quando a notícia se revela incompatível com a realidade posteriormente aflorada, qualquer versão que proceda a compatibilização é admitida e veiculada. E se em decorrência de conseqüências jurídicas prováveis ou adotadas, impõe-se retificar a notícia, isso é feito da forma mais discreta possível, sem contraste algum.

O princípio da progressividade, caracteriza-se pelo fato de a violência progressiva (continuada, organizada) vender mais que a episódica (individualizada, circunscrita). Por isso, sempre que possível, casos isolados devem ser articulados e o episódio individual inserido num contexto de progressividade. Quando for impossível, pelas características estritamente interindividuais de um caso, inseri-lo num contexto de progressividade, o noticiário subsequente pode buscar elementos para uma matéria com análise extensiva, o que produz efeitos e garante permanências semelhantes às da violência progressiva ou continuada.

O princípio da mais-valia da violência impune significa dizer que o caso criminal imediatamente apurado merece menos espaço do que aquele não apurado. A notícia que contém ao mesmo tempo a ação criminosa e a identificação ou prisão de seus autores perde pontos na classificação editorial. Salvo casos nos quais peculiaridades dos protagonistas ou do modo de execução permitem a análise extensiva que faz perdurar a imagem da violência, do contrário, a punição geralmente encerra o interesse jornalístico. A violência impune vende mais que a violência punida.

O princípio da manipulação estatística ocorre quando as informações diariamente divulgadas sobre violência desconsideram por completo as séries estatísticas que poderiam realmente orientar o público sobre a verdadeira tendência das diversas incidências criminais. As páginas policiais criam e manipulam suas próprias

estatísticas, selecionando arbitrariamente períodos e casos. Quando se trata de divulgar levantamentos estatísticos completos, dedicam espaço diferente para tendências de ascensão e tendências de rebaixamento da violência.

O princípio da ineficiência do Estado, deve-se ao fato da violência social noticiada ser sempre atribuída à ineficiência do Estado, e jamais se converter em objeto de discussão da própria organização social. A crônica policial só excepcionalmente ultrapassa o horizonte da ineficiência do Estado, mesmo diante de casos nos quais a transgressão evidentemente implicaria outras considerações. A organização social inquestionada, a polícia ílesa, o Estado ineficiente, essa é a fórmula. O princípio da credibilidade imediata do terror implica a cobertura jornalística de um caso policial conferir espaço aos depoimentos proporcional à mensagem de aterrorização que ele contenha. A credibilidade da fonte é desconsiderada em favor de uma credibilidade imediata em seu próprio terror.

O princípio do estereótipo criminal ocorre quando um protagonista do episódio de violência integra alguma minoria, objeto de preconceito ou marginalização social (homossexuais, egressos da prisão, drogadictos, dentre outros), sendo tal condição sempre mencionada e freqüentemente enfatizada, ainda que não se possa relacioná-la, de qualquer modo, ao episódio em questão. As matérias que abordam, exclusiva ou acessoriamente, o pânico social relacionado à violência, recrutam os depoimentos amedrontados de sorte a direcionar o medo para os grupos sociais criminalmente estereotipados. Dessa forma, aplicando estes *princípios próprios*, é que a mídia constrói e molda a violência e o transgressor à maneira que lhe convém, violando seja a própria ética ou até mesmo o direito.

4. A construção do transgressor pela mídia

A mídia começa a moldar o perfil do transgressor penal no inquérito policial. Momento esse da persecução penal onde ainda não se pode nem tomar alguém por suspeito e a mídia já constrói a imagem de culpa sobre quem lhe convém. O inquérito policial tem por escopo, segundo Paulo Rangel, “[...] apurar a autoria e materialidade de uma infração penal, dando ao Ministério Público elementos necessários que viabilizem o exercício da ação penal” (RANGEL, 2002, p. 65). Porém, nosso código não define claramente esta fase da persecução penal, o que leva a guiarmo-nos pela explicação do Código de Processo Penal Português (art. 262, item 1): “O Inquérito policial compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação”.

Essa definição caracteriza o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, dando a ele grande importância por ser responsável pelas investigações basilares do fato a ser apurado em sede jurisdicional. Assim, este conjunto de atos administrativos, visando à elucidação de um fato considerado, em tese, infração penal, precede a instauração da competente ação penal, ou não quando através do mesmo percebemos-na desnecessária. Daí ter o inquérito policial, na verdade, uma função garantidora. Pois, a investigação tem o nítido caráter de evitar a instauração de uma ação penal infundada por parte do Ministério Público diante do fundamento do processo penal, que é a instrumentalidade e o garantismo penal. O garantismo penal busca evitar o custo para o sujeito passivo (e para o Estado) de um juízo desnecessário.

Através dessa análise rápida do ideal garantista, adotado (ainda que teoricamente) por nosso direito percebemos o quanto é danosa a intervenção da mídia em sede de inquérito policial. Essa influência muitas das vezes provoca a instauração de uma ação penal desnecessária prejudicando garantias do indiciado. Casos em que existe grande repercussão nacional e a mídia passa a veicular sem qualquer imparcialidade, influenciam tanto na instauração do processo quanto na motivação do juiz para sentenciar, pois ele, como qualquer cidadão comum, é convencido pelo apelo midiático.

Observemos no caso da instauração de uma ação penal derivada de um inquérito policial influenciado pela mídia. Ainda que no curso do processo o acusado tenha direito ao devido processo legal e ao contraditório o juiz certamente ao dar sua sentença já estará influenciado não só pelas provas colhidas nos autos, bem como pelo sensacionalismo da Mídia. Dessa forma, não estaria a mídia mitigando os princípios basilares do direito e as garantias do sistema processual acusatório e tornando o garantismo penal uma falácia?

O Ministério Público tem o dever de exigir que a investigação seja feita pela polícia, que exerce a atividade de polícia judiciária dentro do devido processo legal, e portanto com respeito aos direitos e garantias individuais, colhendo as informações necessárias e verdadeiras, sejam a favor ou não do indiciado. Portanto, a função investigativa de qualquer fato do qual suspeita-se ser um ato ilícito não é da mídia, que por sua vez tem função informativa e imparcial. O inquérito não é para apurar culpa, mas sim a verdade de um fato da vida que tem aparente tipificação penal. Logo, o trabalho sem ética de alguns profissionais do jornalismo, em que o suspeito já é tratado como condenado é inaceitável. E deveria ser melhor fiscalizado pelo direito, afinal, “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, CF/88).

O suspeito pode prejudicar-se ao ter sua imagem constituída pela exploração midiática em sede de inquérito policial. A mídia é impiedosa ao caracterizar um transgressor quando se trata de arrebatador audiência. Essa impiedade destaca-se mediante algumas celebridades do mundo criminal como, Fernandinho Beira Mar (traficante), Marcola (líder das rebeliões em cadeia por todo o Brasil em 2006), Suzana Von Richtofen (assassina dos próprios pais), Guilherme de Pádua (assassino da atriz Daniela Perez), dentre outros. Será que sentiríamos tanto desprezo por essas pessoas se não fosse a mídia?

5. A exploração midiática apontada em caso real

Em análise ao processo legislativo da lei de crimes hediondos, percebemos que esta lei foi, como tantas outras, aprovada às pressas, sem uma análise extensiva por parte dos legisladores, que o fizeram em um momento de clamor popular pela diminuição da criminalidade devido a seqüestros de pessoas influentes que vinham acontecendo e em virtude da pressão da mídia para a criação da mesma. Resultou, de tudo isso, uma lei que seguiu o clamor por penas mais rígidas para condenados por certos crimes rotulados pela própria norma. Sob o ponto de vista jurídico, com relação à criação da lei, evidencia um fracasso, por contrariar, em certos artigos e ou incisos, toda a história da pena, que se mostra contrária a penas severas como as impostas por esta lei, além de violar também princípios fundamentais constitucionais relacionados a pena como a individualização, a proporcionalidade e a humanidade.

Ocorre que a mídia teve grande participação na criação da Lei de Crimes Hediondos em tão pouco espaço de tempo e com punições tão severas. Pois a repressão aos crimes hediondos já existia desde a Carta Política de 1988, a qual determinou que “[...] a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. E após a promulgação dela, tiveram início no Congresso Nacional inúmeros projetos de lei, que objetivavam regulamentar o assunto, uma vez que o inciso acima abria caminho para uma lei complementar que considerasse o assunto. Em 1990 o assunto ainda era persistente no Congresso, com o projeto de número 5.270, que propunha o aumento das penas para os crimes de extorsão mediante seqüestro, baseado na justificativa que este crime estava se tornando uma indústria lucrativa às custas das famílias das vítimas, além do pânico causado na sociedade.

Logo após, vieram muitos outros projetos. Até que em 25 de junho de 1990, foi promulgada a lei ordinária, mas com caráter de lei complementar, de número 8.072, baseada no projeto substitutivo número 5.405, elaborado pelo Deputado Roberto

Jefferson, então relator de Comissão de Constituição, Justiça e Redação. Esse projeto teve por base a mensagem presidencial 546/89 (projeto 3.754/89), além dos projetos anteriores. Na fase de votação houve um acordo entre todos os líderes de partidos políticos, que, sem nenhuma discussão mais aprofundada, aprovaram-no na Câmara dos Deputados e em seguida no Senado Federal. Na fase de sanção presidencial, houve apenas o veto parcial (artigos quatro e onze), por parte do então Presidente da República Fernando Collor. Em sua redação original, classificava quais eram os crimes considerados hediondos no artigo primeiro, que possuía apenas o caput, onde eram elencados todos os referidos delitos:

Art. 1º São considerados hediondos os crimes de latrocínio (art. 157, § 3º, in fine), extorsão qualificada pela morte, (art. 158, § 2º), extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º), estupro (art. 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), e de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados (Lei 8072/90).

Além disso, em consonância com a carta magna, a redação original da referida lei, em seu artigo segundo, *caput*, determinou que, além dos crimes hediondos, os crimes de prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e o terrorismo, se equiparam aos crimes hediondos nas hipóteses citadas dentre os incisos e parágrafos do mesmo artigo. O que teria conduzido o legislador constituinte a formular o nº XLIII do art. 5º da CF, neste momento, depois de exaustivas tentativas anteriores? O que estaria por trás do posicionamento adotado? Nos últimos anos, a criminalidade violenta aumentou aparentemente, atingindo até mesmo seguimentos sociais que até então estavam livres de ataques criminosos, atos de terrorismo político e mesmo de terrorismo gratuito abalaram diversos países do mundo, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins assumiu gigantismo incomum. Diante desse quadro, os meios de comunicação de massa começaram a atuar, de forma a exagerar a situação real, formando uma idéia de que seria mister, contra determinada forma de criminalidade ou determinados tipos de delinqüentes, uma medida mais severa, mesmo que isso significasse a perda das tradicionais garantias do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

Dessa forma, a lei de crimes hediondos foi uma resposta do direito penal brasileiro ao apelo midiático e ao clamor popular àquela época. O objetivo, logicamente, seria diminuir a onda de crimes desta natureza o que infelizmente não se concretizou e, ao

que se percebe, tomou tamanho muito maior e mais ofensivo à sociedade. O que se nota com os acontecimentos posteriores que inclusive provocaram mudanças na Lei de Crimes Hediondos.

Após a ocorrência do polêmico homicídio qualificado em 1992, da atriz Daniela Perez, filha de Glória Perez (escritora de renome), que teve como autores o ator Guilherme de Pádua e sua esposa, sendo que Guilherme e a vítima faziam parte do elenco de uma novela da Rede Globo de televisão, em apresentação na época do homicídio, a lei 8.930, que entrou em vigor em 07 de outubro de 1994, veio a revogar o artigo primeiro, supramencionado, substituindo-o. Esta nova redação incluiu o homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente e homicídio qualificado e, por outro lado, excluiu o envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte. Atualmente os crimes classificados como hediondos são os enumerados pelo artigo primeiro, incisos I a VII – B e parágrafo único, da Lei nº 8.702/90:

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V);

II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º);

V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);

VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998).

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado (Lei 8.702/90, art. 1º, incisos I a VII-B e parágrafo único).

Não teria a mídia mostrado mais uma vez seu poder de persuasão ao incentivar a modificação da Lei de Crimes Hediondos? Será que, se Daniela não fosse atriz e sua mãe reconhecida nacionalmente, a lei teria incluído em seu rol o crime de homicídio?

6. Conclusão

Percebi ao término deste estudo acerca do princípio da presunção de inocência e a exploração midiática, que os objetivos por mim propostos foram atingidos de algum modo. Foi possível vislumbrar a articulação da teoria das ciências jurídicas com a prática jornalística almejada por este estudo.

Nos dias atuais a mídia mostrou expandir a teoria maximalista enquanto política criminal no Brasil. Ocorre que os doutrinadores de forma geral vêm buscando uma teoria inversa, para propor um direito penal mais equilibrado, ressaltando não ser a severidade das penas a solução para a criminalidade brasileira. Em um Estado Democrático de Direito, o sistema acusatório é a garantia do cidadão contra qualquer arbítrio do Estado. Portanto, a mitigação dos direitos e garantias processuais pela mídia, mostradas por este estudo, não podem ser admitidas num sistema penal que é regido pelo princípio da dignidade humana.

Solução aparente para a questão da influência midiática aqui levantada pode ser a lei garantir à parte que se sentir prejudicada o direito de fazer uso de igual expediente, assegurando, assim, não só a liberdade de informação como também o exercício dessa liberdade verdadeiramente como função social. O processo penal democrático necessita da publicidade dos seus procedimentos e assegurá-la pode impedir que se coloque no seu lugar a publicidade espetacular dos atores que deles tomam parte, além de facilitar o controle e coibir os excessos.

Este estudo não se manifesta em favor de calar a imprensa, pois, ela exerce importante papel em nossa sociedade. A questão é favorecer uma mídia que não ultrapasse o campo das presunções e invada o campo jurídico exercendo um papel que é exclusivo do direito. Este trabalho é um começo incipiente em termos de apontar a necessidade de um jornalismo ético e um direito justo. Sabemos que temos ainda uma longa caminhada pela frente, acreditando na possibilidade desta pesquisa bibliográfica servir de alguma forma como contribuição para o meio acadêmico.

7. Referências bibliográficas

BATISTA, Nilo. *Regras do Mercado da Informação sobre violência*: seminário realizado no Hotel Glória. Rio de Janeiro: FAPERJ, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1 e v. 2.

DEFLEUR, Melvin L. *Teorias da comunicação de massa*. São Paulo: Zahar, 1993.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do equilíbrio*: uma visão minimalista do Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

LOPES JUNIOR, Aury. *Sistema de investigação preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2005.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SILVA, José Maria da; SILVEIRA, Emerson Sena da. *Apresentação de trabalhos acadêmicos*: normas e técnicas. Juiz de Fora: Templo, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.